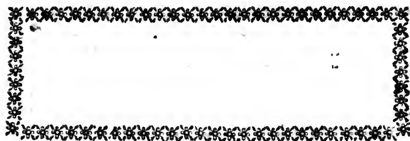
(4

P E R



Lo avvocato fiscale D. Girolamo, D. Francesco, e D. Domenico Moles.



D. Vito Giuseppe Pappalepore sostiene; che il denaro sistente presso gli atti del patrimonio di D. Michelangelo Signorile, dedotto nella Regia Camera della Summaria, provvenuto dalla vendita de' beni del debitore, debba ad essolui assolutamente liberarsi in soddisfazione di una parte de' crediti suoi discussi ed ammessi coll'anteriorità del 1784 e del 1786: e che l'avvocato fiscale nella G. C. criminale D. Girolamo Moles e li di lui nipoti per fratello D. Francesco e D. Domenico, malgrado di esser creditori ammessi pure e discussi coll'anteriorità del 1782, e quindi precedenti il credito suo, esclusi affatto dall'esercitar dritto sul denaro in deposito,

debbano restringere e refrenare l' azion loro sul palazzo situato in Bari, che da essi al Signorile alienato, rimane tuttavia invenduto nel patrimonio. L' assunto del Pappalepore, col quale a buon conto si vuole verificato l' assurdo di doversi il creditor posteriore soddisfare in esclusione dell' anteriore, è sostenuto a tal modo. Li signori Moles, dice egli, con pubblico istrumento stipulato agli 8 di agosto del 1782, vendettero al Signorile il di lor palazzo situato in Bari per 4500 ducati, che il comprator promise pagare tral corso di otto anni, coll' interesse frattanto al $4\frac{1}{2}$ per 100, pendente il qual pagamento li venditori riservaronsene il dominio, che non fu mai al Signorile trasferito : non essendosi dunque, a cagione della avvenuta deduzion del patrimonio, adempiuto al pagamento, la casa deve in conseguenza della riserva del dominio a' venditori restituirsi. La stessa cosa del non trasferimento del dominio al compratore, soggiunge il Pappalepore, ha luogo se si riguardi la indole e la natura della casa : è essa soggetta ad un fedecommesso primogeniale, intantochè fu stabilita la interposizione del decreto di espedienza, che non fu mai interposto fino al momento della deduzion del patrimonio ; nè pote-

teva mai più interporsi per la risoluzione e rescission de' contratti, che seco porta la deduzione. In ultimo luogo allega il Pappalepore, che quando anche il dominio della casa si fusse al Signorile trasferito, essendosi la casa stessa sommessa a speciale ipoteca a favor de' venditori, debban questi sulla cosa specialmente ipotecata refrenare e restringere il di loro arbitrio, senza turbare gli altri creditori posteriori, a' quali deve esser libera la soddisfazion de' crediti loro sul prezzo del resto de' beni del debitore.

La ragionevolezza o irragionevolezza degli assunti del Pappalepore è stata dall' avveduto signor Presidente commissario riservata alla decisione della Regia Camera, la quale deve definire se il denaro sistente in deposito debba liberarsi a' signori Moles creditori anteriori, ovvero al Pappalepore creditor posteriore, rimanendo la casa a conto de' primi. E' a noi affidata la difesa de' creditori anteriori, che chiedono a buon dritto la liberazion del deposito; proponiam quindi, in confutazione degli assunti del creditor posteriore, dimostrare fino all' ultimo punto di evidenza, in primo luogo, che il dominio della casa venduta fu colla stipulazion del contratto di compera e vendita

trasferito al compratore, nulla altro importando la riserva del dominio, che una ipoteca speciale sullo stabile venduto a favor de' venditori, divenuti creditori soltanto del prezzo: in secondo luogo, che al trasferimento del dominio non formò resistenza la indole fedecommessa della casa venduta, anche in conseguenza di ciò, che posteriormente è avvenuto, quasi in seguito del consentimento del Pappalepore: in ultimo luogo, che nel presente rincontro a torto chiedasi la refrenazione dell' arbitrio sulla casa specialmente ipotecata.

Il dominio della casa venduta, malgrado la riserva del dominio stesso, convenuta a favor de' venditori, fu trasferito al compratore.

E' Giurisprudenza sicura, che i patti apposti a' contratti di buona fede debbano seguire la natura e la parte sostanziale del contratto, intantochè non lice col patto distruggere la essenza del contratto, e commutarlo da una spe-

specie ad un'altra tutta diversa ed opposta. Il contratto perciò stipulato l'anno 1782 tra li signori Moles e 'l Signorile deve indispensabilmente eseguirsi e realizzarsi in modo, che il patto, lungi da disturbarlo o alterarlo, non abbia altro valore, all'infuori di quello di seguirne la indole e la sostanza. Qual'è dunque la indole e la sostanza dello strumento del 1782? Un proccuratore con ispecial facoltà de' signori Moles *vende e per causa della vendita sudetta per fustem, jure proprio, & in perpetuum, e senza patto, o speranza alcuna di ricomprare dà, cede, tradita, ed assegna a beneficio del menzionato signor D. Michelangelo Signorile compratore presente la enunciata casa palaziata . . . . una con tutti li suoi jussi, ragioni, azioni, ed intiero stato . . . . . Di modo che la casa palaziata sudetta, come sopra venduta dal detto dì 14 agosto corrente anno 1782 passi e sia nel pieno dominio, possessione, e percezione del riferito signor Signorile compratore presente, e quella sempre avere, tenere, e possedere, come vero signore e padrone, investendolo procuratore irrevocabile come in cosa propria . . . . . . E più esso signor Barberio* (procuratore de' signori Moles) *promette e si obbliga di cedere e rinun-*

nun-

nunciare , siccome ex nunc pro tunc , & sic e contra , pervenuti che saranno li 14 di questo corrente mese di agosto ed anno 1782 ed in avanti , cede , rinuncia , ed assegna a beneficio di esso signor Signorile presente tutti li fitti intieri di detta casa , e membri tutti della medesima affittati , con esibire al medesimo signor Signorile la nota sì degli inquilini della medesima , come delli loro fitti , costituendolo a tale effetto nelli nomi sudetti proccuratore irrevocabile a potere auctoritate propria , e senza decreto di regio giudice detti rispettivi fitti riscuotere ed avere dalli di lui rispettivi affittatori ed inquilini della casa sudetta , e li di lei membri tutti affittati dal dì 14 corrente mese di agosto ed anno in avanti , e dare al sudetto signor compratore la facoltà di fare quelli astringere e convenire , che riconoscano in dominum & patronum delli fitti sudetti esso signor Signorile , il quale abbia la piena facoltà e potestà di potere detti inquilini licenziare a suo piacimento , e ad altri affittare la casa sudetta e membri di essa in tutto ed in parte , se così vorrà e gli piacerà , senzachè fusse nell' obbligo di manutenere nell' affitto quelli affittatori , che vi sono , con avvalersi sempre della di lui potestà , che gli compete sopra la casa sudetta , come **ASSOLU-**

TO

TO PADRONE E POSSESSORE DI QUELLA. In ultimo luogo il proccuratore de' venditori promise a favor del compratore l'ampia ed estesa evizione e defensione della casa venduta (1).

Una dimostrazione tanto solida e robusta, quanto è quella, che senza alcuno sforzo d'interpetrazione è contenuta e nettamente spiegata nel contratto, esibisce, che nello strumento del 1782 fu stipulata la compera e vendita della casa in Bari, senza alcun patto di ricomprare: di essa nelle maniere le più ampie e le più solenni ne fu trasferito, come era dover che avvenisse in conseguenza della vendita, il dominio al compratore, da usarne a libera sua disposizione: e per la sicurezza del trasferito dominio in ogni tempo, fu a favor del compratore stesso promessa la evizione. Gli effetti o sia il fatto posteriore corrisposero intieramente alla indole del contratto: il compratore si pose nel possesso della casa, la ripartì, la congegnò in quella forma, che credette conveniente a' suoi interessi o al suo pia-

(1) *Fol.* 135. 2. *vol.*

piacere, e ne esiggette sempremai la rendita ritratta dalle locazioni: e quando a capo a parecchi anni il di lui patrimonio fu dedotto nella Regia Camera, la casa in Bari, come un fondo di assoluta appartenenza del debitore, fu sommessa al formal sequestro.

Assodata la natura e la sostanza del contratto, conviene analizzare il patto, e modellandolo al torno del contratto stesso, disporre la interpetrazione e la esecuzion sua in modo, che con esso rimanghi salvo quello che i contraenti stipularono nella parte essenziale. Il prezzo della casa venduta fu di 4500 ducati: il compratore non aveali pronti; ne promise quindi il pagamento tra otto anni, coll' interesse al $4\frac{1}{2}$ per 100 *sotto la speciale obbligazione, pegno, ed ipoteca della stessa casa, il di cui dominio ex conventione non s' intenda trasferito prima che segua l' intiero pagamento, e colla generale ipoteca di tutti e qualsivogliano suoi beni così presenti come futuri* (2). Non che il patto, quantevolte voglia alla lettera eseguirsi, distruggerebbe la indole del contratto; ma an-

(2) *Dict. fol.* 135. *II. vol.*

anzi una parte del patto medesimo distrugge e contraddice evidentemente l'altra. Eccone la pruova. Non v' ha compra e vendita, in cui distaccandosi il dominio dal venditore, non si trasferisca al compratore: questo trasferimento fu scolpitamente stipulato, e col fatto di molti anni fu verificato e realizzato. A qual modo adunque può sostenersi il patto della riserva del dominio distruttivo del contratto, ripugnante all' intutto alla sua esecuzione? Esso fu scritto innanzi che si stipulasse il trasferimento del dominio, dunque dee dirsi o che la parte posteriore dello strumento lo rivocò, ovvero che li contraenti col fatto loro lo annientarono. Inoltre nel patto la casa dal compratore si sommette a speciale obbligazione, pegno, ed ipoteca a favor de' venditori; dunque egli ne avea acquistato il dominio, poichè grave assurdo sarebbe quello di ipotecarsi quel fondo, che ad altri si appartenga: indi immediatamente si soggiunge la riserva del dominio a pro de' venditori. Ecco una manifesta contraddizione e discordanza nel patto stesso: il Signorile ipoteca la casa comprata a favore de' signori Moles per la sicurezza del prezzo, e ciò manifesta e contiene il dominio, che egli aveane già acquistato: li signori Moles,

les, ricevendo la ipoteca, se ne riservano il dominio; dunque esso non fu da loro distaccato, e trasfuso al compratore.

A far sì, che il patto della riserva del dominio non turbi la essenza del contratto, e che nel patto stesso si allontanino le discordanze e le contraddizioni, è dottrina ricevuta di doversi la riserva del dominio risolvere in ipoteca speciale a favor del venditore, a somiglianza di quel creditore, che impronta il suo denaro per la compera di un fondo. Donatantonio de Marinis fu di questa sentenza, e con franchezza la spacciò come una civil verità: *reservatio dominii, pendente solutione pretii, CERTUM EST, quod non importat nisi specialem hypothecam, ut nimirum venditor super re vendita ceteris emptoris creditoribus præferatur, quamvis anterioribus* (3): ed all' istesso modo pensò pure il lodato de Marinis nelle osservazioni alle decisioni del Reggente Revertera (4). Vincenzio de Franchis fu del

(3) *De Marinis resolut. jur. lib.I. cap.CCLX. num. II.*

(4) *De Marinis observat. ad decis. VIII. Revertera num. 7.*

del medesimo avviso (5). Stefano Graziano spiegò il suo uniforme sentimento: *Unde hujusmodi reservatio dominii operabitur solum effectum, ut ipse venditor præferatur ceteris creditoribus tempore anterioribus* (6). E per finirla, a tal modo decise il S. C. nel seguente avvenimento: Michele Marotta, l'anno 1566 vendette a Nicolantonio de Bernardo un territorio per duc. 350, che il compratore promise pagare fra tre anni, *cum reservatione dominii, pendente solutione*. Trascorso il triennio, non essendosi adempiuto al pagamento, Muzio figliuolo ed erede del venditore, col consentimento di Sabatino de Bernardo l'uno de' due eredi del compratore, si ripigliò il fondo, che lo vendette indi a Giangeronimo di Giuliano. Si fece innanzi Francesco de Bernardo l'altro erede di Nicolantonio: chiese egli la revindica della mettà del fondo, allegando che il patto della riserba del dominio produceva soltanto la ipoteca speciale

(5) *Decis. DVI.*

(6) *Gratian. disceptat. forens. tom. III. cap. DXXIII. num. 12. & 13.*

le a favore del venditore ; quindi il di costui erede non poteva ripigliarselo col consenso di un solo de' due coeredi del compratore . Il S. C. trovò sussistente e fondata la azione della revindica , per la qual cosa con sentenza pronunziata a' 17 di ottobre del 1615, e confirmata in grado di reclamazione nel giorno 24 di ottobre del 1616, condannò il terzo possessore Giuliano a rilasciare la mettà del fondo a favor dell' attore . E Scipione Rovito , il quale ha lasciata registrata siffatta decisione , riferisce la ragione , per la quale il magistrato giudicò a tal modo : la ragione è questa : *Rejectis igitur his omnibus pro reo adductis Sacrum Consilium habuit pro indubitato, quod illa simplex reservatio dominii in contractu venditionis, sequuta traditione, nihil aliud in effectu operetur in beneficium emptoris , nisi ut venditor præferatur ceteris omnibus creditoribus ejusdem emptoris in pretio ejusdem rei venditæ pro consecutione sui pretii* (7) .

Quella civil verità insegnata da' scrittori del foro , ed avvalorata dalla decisione del S. C. , do-

(7) *Rovitus decis. VII. num.* 13.

dopo la quale non vi è stato chi abbia osato dubitarne, nella causa presente è rinforzata e garantita dal decreto di discussione, il quale perchè eseguito cogli atti ulteriori sino al punto della vendita de' beni e della soddisfazione di una parte de' creditori, non dà luogo a gravame. La casa in Bari, secondochè si è detto, malgrado la riserba del dominio, fu considerata nel patrimonio del debitore, e perciò fu sommessa a sequestro: e la riserba del dominio fu risoluta a favore de' signori Moles nella ipoteca speciale sulla casa venduta; intantocchè essi, o sia il primogenito tra loro, colla divisa di creditori furono riconosciuti, discussi, ed ammessi: *Creditum D. Francisci Moles ducatorum 4500 sesto loco relatum, viso instrumento diei 8 augusti 1782, remaneat suo loco, una cum tertiis decursis ad rationem conventam ducatorum quatuor cum dimidio pro quolibet centenario, cum anterioritate diei 8 augusti 1782, & cum potioritate super domu a dicto Moles vendita D. Michaeliangelo Signorile* (8).

La indole del contratto, l' insegnamento de' scritto-

(8) *Fol.*

tori, gli esempj delle cose altravolta giudicate, e l' autorità de' decreti profferiti nella attuale disputa, eseguiti col consentimento de' contendenti, convincono che il dominio della casa in Bari da' signori Moles venduta al Signorile, al Signorile stesso fu trasferito fin dal momento della avvenuta stipulazione, e che la riserba del dominio, pendente il pagamento del prezzo, partorì l' effetto legale di far rimanere soltanto la casa soggetta alla speciale ipoteca a favor de' venditori, divenuti già creditori del prezzo e delle usure. Veggasi ora se al trasferimento del dominio contenuto nel contratto formar poteva resistenza la qualità fedecommessa della casa.

Il dominio della casa fu trasferito al Signorile, malgrado la esistenza del fedecommesso.

NOn v' ha dubbio che la casa venduta al Signorile sia soggetta al maggiorato istuito da D. Francesco il vecchio, D. Donato, e D. Saverio Moles, a cagione del quale maggiorato fu espressamente nello strumento di

di compera convenuto, che al tempo del pagamento de' ducati 4500, si dovesser questi impiegare in partite di arrendamenti, o in beni stabili, da rimaner surrogati al maggiorato, precedente decreto di espedienza da interporsi dalla G. C. della Vicaria, e confermarsi dal S. R. C. Malgrado non pertanto la esistenza di siffatto maggiorato, il dominio della casa si trasferì al compratore, sotto la riserva del decreto di *expedit*, che può a buon dritto precedere, o seguire il contratto.

Quantevolte non vogliasi adottare il sistema abborrito dalla giurisprudenza di essere in sospeso il dominio de' fondi fedecommessi fino a che il fedecommesso abbia la sua durata, deve indispensabilmente convenirsi, che ogni possessore, pendente la vita sua, abbia il pieno dominio, e la estesa possessione de' fondi, soggetti al gravame della restituzione a prò dell'immediato possessore. Ciò posto sorge per legittima illazione che al Signorile si trasferì quel dominio stesso, che presso li signori Moles risedeva. Poteva soltanto il successor singolare o li di lui eredi esser turbati da' successivi chiamati al fedecommesso,

 estin-

estinta la vita degli attuali possessori: a rimuovere ogni molestia fu stabilita la interposizione dell' *expedit*, la quale siccome comprender dovea due oggetti, quello cioè della necessità ed utilità della vendita, e quello della sicurezza dell' impiego da farsi del prezzo della casa, così fu differita al tempo, in cui sarebbe seguito il pagamento. Questo differimento niuno ostacolo produce alla traslazion del dominio, poichè è dottrina sicura, che i feudi ed i fondi soggetti a fedecommesso possano distrarsi, salvo l' assenso, e salvo il decreto di *expedit* da impetrarsi.

E' noto abbastanza, che l' assenso ed il decreto di *expedit* convalidano e rinforzano l' atto da principio valido, ed il punto della interposizione o dell' *expedit*, o dell' assenso si retrotrae al tempo, in cui seguì la stipula del contratto: per questa ragione i scrittori hanno insegnato che l' *expedit*, e l' assenso possano precedere e seguire il contratto. Le circostanze particolari della causa presente, che or ora additeremo, ci dispensano dal dovere di dimostrare più estesamente il nostro assunto; ciò non pertanto giova addurre le auto-

ri-

rità del Reggente de Ponte (9), del Presidente de Franchis (10), e di Giuseppe Sorge (11), colle quali uniformemente è stabilito *assensum posse præcedere & subsequi*.

Il fatto giudiziario del Pappalepore, che è l'unico contraddittore de' signori Moles, fa sì che non possa portarsi la disputa su la validità del contratto, su la legittimità dell' *expedit* interposto posteriormente al contratto, e sull' articolo promosso a voce, se risoluto il contratto per la deduzion del patrimonio, poteva o nò interporsi il decreto di *expedit*. Dedusse egli con istanza che li signori Moles non erano in circostanza di ottenere la interposizione dell' *expedit*, poichè, dedotto il patrimonio, e retrotraendosi l'*expedit* al dì della vendita, si sarebber venute a distruggere le

(9) *De Ponte comment. ad const. divæ memoriæ num.* 1. *ad* 7.

(10) *De Franchis decis.* 86. & *decis.* 620. *num.* 6.

(11) *Sorge tom.* 2. *cap.* 36. *num.* 16.

le ipoteche degli altri creditori acquistate nel tempo intermedio; chiese perciò che la G. C. rimanesse a tale atto inibita : ed in seguito con altra istanza dimandò, che li signori Moles refrenassero il di loro arbitrio sulla casa specialmente ipotecata.

Le due dimande del Pappalepore formarono il soggetto del contraddittorio tenuto innanzi al signor Presidente commissario nel giorno 29 di febbrajo dell' anno scorso : La provvidenza sulla dimanda della refrenazione fu riserbata alla regia Camera : *moneantur partes super refrænatione deducta pro parte D. Viti Josephi Pappalepore in ejus comparitione ad audiendam provisionem faciendam per regiam Cameram*. L' altra della inabilitazione dell' *expedit* fu rigettata, fu esclusa, poichè si ebbe per vero, che l' *expedit* possa a buon dritto seguire il contratto, e che esso interposto, l' atto resti viepiù confermato e rinforzato, onde il comprarore acquisti la sicurezza eziandio contra li futuri chiamati al fedecommesso : La parte del decreto è tale: *Non impedita interim expeditione decreti si expedit super instrumento venditionis diei 8 augusti 1782 inito per magnificum notarium Cajetanum de Amico, quod idem Moles pro-*

procurare debeat infra quatuor menses, secus providebitur ut juris (12).

In conseguenza del decreto, che non meritò gravame di sorta alcuna, quantunque fusse stato al proccurator del Pappalepore notificato, dalla real Camera di S. Chiara s' impetrò la decretazione: *Magna Curia Vicariæ servatis servandis, & servata forma regiæ pragmaticæ super supplicatis de justitia provideat:* ed indi ritualmente, sentito non solo l'onesto avvocato D. Giosuè Starace destinato dalla G. C. a sostenere i diritti de' futuri chiamati, ma anche il curatore del patrimonio del Signorile, ed adoperato alla estimazion della casa il tavolario del S. R. C. D. Gioacchino Avellino, nel giorno 22 di aprile del medesimo anno scorso, a ruote giunte, fu dalla G. C. interposto l' *expedit* a questo modo: *M. C. declarat, quod expedit, ac proinde super instrumento venditionis domus in eodem descriptæ rogato die 24 augusti 1782 per quondam notarium D. Cajetanum d' Amico hujus Civitatis, ac subjectæ fidei*

(12) *Fol.* 174. *III. vol.*

deicommisso & primogenituræ ordinatæ a quondam D. Francisco, D. Donato, & D. Xaverio Moles in instrumento diei 29 aprilis 1752 per notarium Augustinum Putignano Barensem, suum interponit decretum, ac judiciariam præstat auctoritatem. E'l decreto della G. C. fu, parimenti a ruote giunte, confermato dal S. C. a' 16 di giugno dell'anno stesso, se non che in esecuzione degli ordini reali fu prescritto che il prezzo de'beni venduti si fusse impiegato colla regia Corte, e fusse remasto soggetto al fedecommesso: *Remissa est causa eidem M. C., quæ etiam provideat, quod pretium bonorum venditorum implicetur cum regia Curia, ac remaneat subjectum fideicommisso, ut ex actis*.

Ragiona quindi il Pappalepore contra il fatto suo proprio, quantevolte imprende, che il dominio della casa non potette al Signorile trasferirsi, a cagione della esistenza del fedecommesso, e che l'*expedit* non possa ora interporsi, dedotto già il patrimonio e risoluto il contratto. Gli osta il decreto pronunziato in esclusione delle sue dimande, di cui egli non seppe gravarsi, gli osta l'*expedit* già interposto in conseguenza del decreto da esso lui accet-

cettato: gli osta in fine lo stato della quistione ristretto, col decreto de' 29 di febbrajo dell'anno scorso, unicamente all'articolo della refrenazione. Su questo, per consentimento de' contendenti la Regia Camera deve spiegare le provvidenze di giustizia, e di questo, rimanendo fermo che li signori Moles sien creditori del prezzo della casa colla speciale ipoteca su di essa, noi ora ragioneremo.

La dimanda della refrenazione della ipotecaria sulla casa specialmente ipotecata è irragionevole.

SIa per effetto della riserva del dominio, sia in conseguenza del patto, li signori Moles per la sicurezza del credito de' 4500 ducati ricevettero nel 1782 la ipoteca speciale su la casa venduta, e la ipoteca generale su tutti gli altri beni del Signorile in quelle espressioni: *Sotto la speciale obbligazione, pegno, ed ipoteca della stessa casa, e colla generale ipoteca di tutti e qualsivogliano suoi beni così presenti come futuri*. La ipoteca speciale e generale ac-

 cor-

corda al creditore la facoltà di riscuotere ed esiggere il credito da qualsivogliano beni del debitore sien specialmente sien generalmente ipotecati, senza limitazione o refrenazione di sorta alcuna; anzi se dopo la costituzione di tale ipoteca un fondo specialmente sia stato ad altri ipotecato, il creditore anteriore ha il dritto di esercitar la ipotecaria sul fondo eziandio pignorato specialmente al posterior creditore, come quello che va compreso sotto la ipoteca generale stipulata a favore dell'anteriore (13). Dritto che vien limitato unicamente nel rincontro di essersi la ipoteca generale a favore del primo creditore stipulata sotto la condizione, se la ipoteca speciale non sia sufficiente alla soddisfazion del credito (14). La ipoteca generale a pro de' signori Moles non fu condizionata, ma pura; quindi essi con fondamento di ragione, vantando a di lor favore la speciale e la generale comulativamente, chiedono esser soddisfatti del credito sul

(13) *Leg. 2. D. qui potior. in pign.*
(14) *Dict. leg. 2. D. qui pot. in pign.*

sul denaro provvenuto dalla vendita de' beni del debitore generalmente ipotecati, in esclusione del creditor posteriore.

L' esteso ed illimitato dritto del creditore anteriore dipendente dal seno della romana giurisprudenza soffre una limitazione ed una restrizione, che è quella per lo appunto, che il signor Pappalepore, supponendone il concorso nel rincontro presente, la contrappone a' signori Moles. La limitazione è compresa in un rescritto degli imperadori Severo ed Antonino sul seguente caso. Si dolse agli imperadori un tal Lucio, che il suo avversario avea ricevuto in pegno dal comun debitore specialmente certi disegnati fondi, e generalmente tutti gli altri beni; e non ostante che potesse egli riscuotere l' intiero suo credito da' beni specialmente ipotecati, intendeva toglierli li beni, che posteriormente ad essolui erano stati dati in pegno. Gl' imperadori giudicarono, che il dritto del primo creditore dovea moderarsi, quindi rescrissero, che quantevolte fia vero di potersi egli soddisfare dal fondo specialmente ipotecato, il preside della provincia avesse provveduto di non togliersi il fondo dalle mani di Lucio posterior cre-

ditore. *Quamvis constet specialiter quædam & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & æquale jus in omnibus habere: jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses provinciæ jubebit* (15). Il signor Pappalepore, attenendosi al rescritto imperatorio, ragiona a tal modo. Li signori Moles posson soddisfarsi sulla casa ad essi specialmente ipotecata, dunque l' esercizio del dritto loro su di essa deve unicamente restringersi, senza poter turbare li creditori posteriori, cui gli altri beni generalmente sono stati dati in pegno, e dal di cui prezzo già ritratto nelle vendite debbono essi soddisfarsi. La opposizione è legale; proponiam quindi di dimostrare, che il rescritto manifestante una eccezione della regola generale, o più tosto una restrizione dell'

(15) *Leg. 2. Cod. de pign. & hypoth.*

dell' ampio dritto del creditore, non sia adattabile al rincontro presente.

Due luoghi del rescritto contengono la pruova del nostro assunto. Il primo è tale: *ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses provinciæ jubebit*. La legge dispone, che il creditore anteriore avente la speciale ipoteca non possa togliere dalle mani del creditore posteriore quel pegno, che sta già possedendo. Ecco un estremo della limitazione riposto nel possesso del pegno, in cui trovisi il creditor posteriore: estremo tanto indispensabile, che avendo l' Accursio nella chiosa alla legge supposto il possesso nella persona del debitore *accipe hanc legem possidente debitore*, fu ragionevolmente ripreso dal Cujacio, il quale dalla iscrizione, e dal contesto della legge dimostrò, che il pegno dovea essere presso del creditore posteriore. *Adnotandum est tantum ad Accursium, male eum hæc verba* (interim tibi non auferri) *sic interpretari, ut* (tibi) *sit debitori possidenti pignus. Nam, ut inscriptio docet, & contextus ipse legis, Imperatores scribunt Lucio posteriori creditori suum pignus possidenti, cui id vi generalis hypothecæ non potest prior creditor au-*

auferre, si ei sufficiat specialis. Et supra in hac lege (adversarium tuum) *id est, priorem creditorem. Ergo* (tibi) *id est, posteriori creditori, qui in suo pignore non tam est potior, quam solus* (16).

Dove è nel caso nostro il primo estremo della legale refrenazione? Mostri il signor Pappalepore, che egli creditor posteriore stia possedendo in pegno un fondo del debitore sommesso alla ipoteca generale a favore de' signori Moles creditori anteriori, ed allora la giustizia non saprà comportare, che tal fondo gli sia strappato dalle mani: *ei non auferri praeses provinciae jubebit*. Sarebbe una iniquità, che il creditore anteriore potendo soddisfarsi francamente coll' esercizio della ipoteca speciale, voglia a capriccio turbare il creditore posteriore, che in buona fede ed in luogo di pegno sta possedendo un' altro fondo. Ma se è vero, come è verissimo, che il signor Pappa-

(16) *Cujac. comment. ad dict. leg.* 2. *Cod. tom. IX. pag.* 1188. *lit. E.*

palepore nulla possegga , e quindi nulla i signori Moles intendano togliergli dalle mani , noi non siamo ne' termini del rescritto, il quale , poichè contiene una restrizione ed una limitazione del dritto legale del creditore , non può estendersi da caso a caso ; ma deve rimanere ristretto e circoscritto tra' cancelli assegnatigli da' suoi autori .

Il secondo luogo della legge è tale : *si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt , universum redigere debitum* . L' altro estremo della legge consiste nell' esser sicuro il creditore anteriore di riscuotere il credito suo dal pegno speciale . Ma dove è mai siffatta sicurezza per li signori Moles ? L' aggiudicarsi la casa in Bari , di cui non è potuta riuscir la vendita , produce lo stesso effetto che la perdita totale del credito : son più anni , che la distinta famiglia Moles fa domicilio nella Capitale , onde inutile riesce alla di loro abitazione : gli atti del patrimonio esibiscono , che , attenta la sua magnificenza , pressochè impossibile sia proccurarne la locazione , non che la vendita ; dunque dovrà il palazzo rimanere infruttuoso , esposto solo alla ingiuria del tempo ! E non è questo per-

perdere intieramente il credito? E a qual modo può verificarsi la condizion del rescritto di dover essere il primo creditore sicuro sicurissimo di riscuotere il credito suo? Il Pappalepore pretende verificato a di lui favore il gravissimo assurdo, che la sorte del creditore anteriore avente la speciale e la generale ipoteca sia molto più deteriore del posteriore avente la generale soltanto. In questa sua abbastanza strana pretensione non deve incontrare la garanzia e la protezion del magistrato.

Gl' interpetri del dritto han ragionevolmente fatto dipendere la refrenazione dell' esteso dritto del creditore ipotecario da quel principio di equità, *quod tibi non nocet & alteri prodest*, scolpito nelle leggi della natura, manifestato e rinforzato da' romani giureconsulti *quod factum mihi prodesse potest, ipsi vero nihil nociturum est: hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur* (17). Onde il Perezio ragionando di sif-

(17) *Leg. II. §.V. D. de aqu. & aqu. pluv. arcend.*

siffatta refrenazione fu di avviso : *Hoc procedit stricto jure, quod temperavit æquitas, in eo posita, quod licet nemo alteri prodesse cogatur, tamen quod sibi non nocet, alteri autem noceret, non conceditur* (18). Su questo naturale e civile principio di equità poggiato Ludovico Molina sostenne, in contraddizione di parecchi gravi scrittori, che il creditore, il quale, precedente la regia dispensa, abbia la ipoteca speciale su li beni soggetti a maggiorato, e la generale su' beni liberi, debba refrenare il dritto suo su' primi, acciò i creditori sforniti della regia dispensa sul fedecommesso, possan soddisfarsi su li secondi, e così non andare incontra al pericolo di perdere li crediti loro, quantevolte al creditor con assenso si accordasse l' arbitrio di esercitare l' ipotecaria direttamente su' beni liberi (19).

La

(18) *Perezius comment. ad tit. Cod. de pignor. & hypoth. num. 18. in fin.*
(19) *Molina de hispan. primogen. lib. IV. Cap. VII.*

La equità non per tanto, che la natura e'l dritto civile persuadono doversi usare al creditore posteriore, non deve a patto alcuno rivolgersi in iniquità contra al creditore anteriore; quindi eziandio nel concorso della refrenazione richiedesi indispensabilmente, per effetto anche dell' estremo della legge restrittiva, di cui sopra si è parlato, che il creditore anteriore possa sollecitamente, lontano da ogni contesa giudiziaria, riscuotere il credito suo dal pegno speciale, altrimenti *æquitas pro arbitrii refrænatione ad iniquitatem reduceretur, relinquendo præsens explicitum, pugnando postea futurum, & conditio creditoris anterioris efficeretur deterior posterioris* (20). Noi abbiam già indicato, che li signori Moles non posson soddisfarsi dal prezzo della casa; ma essa dovrebbeseli aggiudicare, la qual cosa importa lo stesso, che la perdita totale del credito. Da altra banda al signor Pappalepore, il quale

(20) *Sorge enucl. forens. tom. III. cap. XLVII. num.* 8.

le dimora nella provincia, torna conto avere in Bari una propria abitazione, corrispondente a' suoi natali, ed al ricco suo patrimonio; e quando anche non voglia addirla al proprio uso, saprà egli, che è sul luogo, trarne quel vantaggio, al quale li signori Moles, per la dimora nella Capitale, sono all' intutto inabilitati. In conseguenza la impresa del signor Pappalepore contiene non già la equità a suo favore, che è pure creditor posteriore, ma sì bene una iniquità a danno de' signori Moles, che sono creditori anteriori.

In ultimo luogo non omettiamo di notare, che giusta il sentimento del Fontanella *quæstio hæc relegānda est a palatiis* (21), poichè nella costituzione contemporanea di ogni ipoteca speciale e generale va insita la clausola *quod generalis hypotheca non deroget speciali, nec e contra*. E' già gran tempo, che essa è passata nel formolario de' notaj, quindi o che si apponghi o che no

(21) *Fontanell. de pact. nupt. claus. IV. gloss. XVIII. part. II. num.* 86.

no ne' contratti, val sempre come apposta, ed in conseguenza il creditore anteriore usa francamente dell' esercizio della ipoteca su' fondi specialmente e generalmente ipotecati a sua elezione, giusta la rinomata decisione del S.C. rapportata dal Presidente de Franchis (22).

Conchiusione.

E, ormai compiuta la dimostrazione. La riserva del dominio della casa venduta risolvesi in ipoteca speciale, e la qualità fedecommessata non resiste al trasferimento del dominio a favor del compratore, per effetto anche del decreto di *expedit*, cui si è proceduto con cognizion di causa, ed intesi prima gli interessati. La refrenazione sul pegno speciale non ha luogo, ed essa anzichè contenere la equità a pro del creditore posteriore, conterrebbe la iniquità a danno de' creditori an-

(22) *De Franchis decis. V.*